

## ***O CONSUMIDOR E OS PLANOS PRIVADOS DE SAÚDE\****

---

**CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO\*\***

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do  
Rio de Janeiro e Professor Titular de Direito  
Constitucional da PUC-RJ*

O tema que me cabe — O Consumidor e os Planos Privados de Saúde — tem ocupado os espaços jornalísticos dos últimos tempos, particularmente em função das restrições que os planos de assistência médica particular contém, seja com relação aos limites temporais de carência, seja quanto ao elenco de doenças abrangido, e, ainda, pela vigorosa atitude do Conselho Federal de Medicina, ao baixar a Resolução n. 1.401, de 11.11.93.

Deve ser, desde logo, advertido que a questão central está localizada na própria falência dos serviços públicos de assistência médica, já a esta altura incapazes de prestar socorro aos milhares de brasileiros que padecem de algum mal. Este é um problema terrificante, que está ligado diretamente ao desenho do Estado, gasto e distorcido, no gigantismo que foi criado pela exacerbação do welfare state e pela derrocada do estado onipotente, construído à sombra do partido comunista, como vanguarda da sociedade. A queda do muro de Berlim e a recessão na América do Norte traduzem bem este trânsito doloroso de um estado empobrecido, que luta, desesperadamente, para encontrar respostas aos anelos da sociedade. A sociedade desperta, toma consciência dos seus direitos, torna-se cobradora, sem reverência diante do poder reduzido do estado, hoje devedor em toda a linha.

No Brasil, esse quadro social é ainda mais preocupante. Com a inflação permanente, em patamares insuportáveis, combatida pela falácia da correção monetária, a população não consegue dispor de recursos mínimos para sobreviver. A saúde pública, como está oficialmente

---

\*Seminário do CEDES - março de 1994.



---

\*\*Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 27/06/1996.

decretado, é uma calamidade. Os hospitais do estado não têm recursos, e, o que é pior, o sistema de saúde não tem um projeto capaz de enfrentar as dificuldades da hora presente. Desse modo, a assistência pública de saúde, pura e simplesmente, não existe. Por outro lado, a clínica particular tornou-se proibitiva, salvo para as classes abastadas. Ninguém, nas chamadas classes médias, dispõe de recursos suficientes para enfrentar um tratamento com internação. Sem contar o descalabro da alta indiscriminada dos preços, há o abuso, o roubo, o oportunismo, a desfaçatez, de cobranças absurdas é incontroláveis, infiltradas no mistério de uma contabilidade sem padrões. Muitas vezes, cobra-se pela sala de cirurgia mais tempo que o tempo efetivo da cirurgia, ou por um almoço muito mais caro que um no melhor restaurante da cidade, ou, ainda, por tantos litros de soro que mataria o próprio paciente se efetivamente fosse ministrado, ou por uma passagem dolorosa pelo CTI, em uma noite, mais do que as economias de uma vida inteira.

GIANFRANCO PASQUINO, no "Dicionário de Política", que escreveu ao lado de NORBERTO BOBBIO e NICOLA MATTEUCCI, após mostrar as contradições do termo governabilidade, em voga durante certo tempo, cuidando da tese da sobrecarga e crise fiscal do estado, escreveu que somente "o Governo que se baseie na sua eficácia e no consenso público é, na verdade, um Governo plenamente legítimo; mas, de maneira crescente, nos sistemas políticos contemporâneos, a legitimidade é o resultado de serviços governamentais que satisfaçam todas as exigências dos vários grupos sociais". E, ainda, ao cuidar da crise da democracia, anotou que da "Áustria à Suécia, da Suíça à Noruega, a credibilidade dos Governos é o resultado da diferenciação do poder e da presença de uma vasta rede de associações, capaz de aglutinar eficazmente os interesses e de reivindicar com sucesso, dentro de um quadro de compatibilidades".

De fato, as condições concretas da vida social, com o cenário tópico acima esboçado, levaram ao nascimento de movimentos sociais

organizados, na linha da defesa da sociedade que consome serviços, diante do estado prestador de serviços, e, também, diante dos serviços privados oferecidos pela sociedade. Foi, melhor dizendo, um basta do cidadão consumidor de serviços. A indignação popular, concretamente, foi a origem de um novo patamar da história dos direitos humanos. Ensina, com a habitual lucidez, mestre CAIO TÁCITO, que os direitos econômicos e sociais são um prolongamento dos direitos e liberdades individuais, contemplando a pessoa humana, além de sua qualidade pessoal, para garantir seus direitos de participação na sociedade, a substituição de um conceito de justiça distributiva pelo de uma justiça comutativa, que deve levar em conta as desigualdades Individuais, ou seja, tratar desigualmente os desiguais para igualá-los, conforme a lembrada lição de RUI BARBOSA.

Essa realidade impulsionou a geração de direitos difusos, isto é, direitos próprios das sociedades de massa, além, portanto, dos conflitos individuais, sem titularidade pessoal, muito mais ligados à ordem do bem comum, entendido este como um conjunto de circunstâncias concretas que permite ao homem realizar a plenitude de sua natureza na sociedade em que vive. São, por isso mesmo, direitos ou interesses de classes, grupos ou categorias de indivíduos e que, embora coletivos, não são necessariamente públicos. São direitos, portanto, incorporados à luta do homem em busca de melhor qualidade de vida.

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em preciso voto no Pleno do eg. STF, deu o tom dessa nova quadra do direito brasileiro ao afirmar que

as demandas da sociedade pluralista de massas deste século têm lançado por terra, mesmo no âmbito dos regimes capitalistas, alguns dogmas fundamentais do primitivo individual-liberalismo burguês, entre eles, particularmente, a aversão dos revolucionários do século XVIII as formações sociais Intermediárias, que então se pretendeu proscrever, como intoleráveis resíduos do feudalismo. Hoje, ao contrário, o certo é que — dos sindicatos de trabalhadores às corporações empresariais e às ordens de diversas profissões, dos partidos às entidades de lobby de toda espécie, das sociedades de moradores às associações ambientalistas, dos

centros de estudo aos agrupamentos religiosos, das minorias organizadas aos movimentos feministas — tudo, são formações sociais reconhecidas, umas e outras, condutos reputados imprescindíveis à manifestação das novas dimensões da democracia contemporânea, dita "democracia participativa" e fundada, não mais na rígida separação, sonhada pelo individualismo liberal da primeira hora, mas na interação cotidiana entre o Estado e a sociedade civil. Nesse contexto, era fatal, como tem ocorrido desde o início do século, que progressivamente se viesse pondo em cheque o dogma do direito processual clássico, corolário das inspirações individualistas da ideologia liberal, qual seja, o da necessária coincidência entre a legitimação para agir e a titularidade da pretensão material deduzida em juízo, que sobreviveu incólume à afirmação da autonomia e a conseqüente publicização do direito de ação e do processo. (RTJ 142/446).

No direito positivo brasileiro, um primeiro e fundamental passo para a proteção desses direitos a uma melhor qualidade de vida em sentido amplo, foi a promulgação da Lei n. 7.347, de 24.7.85, que disciplinou a ação civil pública, sem prejuízo da velha ação popular, alcançando os danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, e, finalmente, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, aberta a perspectiva de ajuizamento de ação cautelar, com a concessão de mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. A legitimação ativa foi investida no MP, na União, nos Estados e nos Municípios, e, também, nas autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou em associação que esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso e coletivo, sendo que, em caso de abandono ou de desistência infundada da ação por associação legitimada, o MP ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

Com essa disciplina legal, o MP assumiu a liderança na luta em defesa da sociedade, até então desaparelhada, ensejando no curso de sua atuação vitoriosa a multiplicação de associações, que, inicialmente, atuaram no campo do meio ambiente e nos das mensalidades escolares. O que importa, contudo, é que esse movimento em defesa do consumidor disseminou-se de tal modo, invadindo o espaço jornalístico disponível, que repercutiu no Congresso Constituinte dos oitenta, provocando uma regulamentação "constitucional própria no capítulo dos direitos e garantias individuais. O artigo 5º assegurou no inciso XXI que "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, tem legitimidade para representar seus filiados judicial ou extra-judicialmente", e no inciso LXX criou o mandado de segurança coletivo que pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, e, finalmente, ampliou o objeto da ação popular.

A interpretação conjunta dos incisos XXI e LXX do artigo 5º tem gerado confusão. Muitos tem acreditado ser imperativa para a impetração da ordem de segurança coletiva a expressa autorização referida no Inciso XXI. Mas, esta exigência é descabida. Neste sentido, o Col. STF, relator o Min. ILMAR GALVÃO, decidiu que para a impetração da ordem de segurança coletiva é suficiente que a impetrante esteja regularmente organizada e em funcionamento há mais de um ano, desnecessária a autorização especial obtida em assembléia geral dos associados (RTJ 146/131). É claro que se torna sempre indispensável verificar a congruência entre os objetivos sociais da associação e os interesses cuja tutela se persegue, com decidiu o Pleno do Col. STF, relator igualmente o Min. ILMAR GALVÃO, quando da impetração de mandado de segurança por associação comunitária de bairro em defesa de seus associados, com relação ao programa governamental de distribuição de leite para as crianças carentes (RTJ 145/521).

Igualmente, a CF de 88, no mesmo, art. 5º inc. XXXII, comandou a obrigação do Estado de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, estabelecendo o art 170, inc. V como princípio geral da atividade econômica, a defesa do consumidor.

Desse aparato constitucional nasce o Código do Consumidor, a Lei n. 8.078/90, que definiu logo no art. 2º, a figura do consumidor, assim a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, indicando o art. 3.º que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, para considerar, no § 3.º, serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro-saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor.

O reconhecimento da aplicação do Código do Consumidor nas relações entre as partes contratantes implica subordinar os contratos, desde logo, qualquer que seja o tipo adotado, aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código, merecendo destacados os dos incisos IV, proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V, modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente

onerosas; VI, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VIII, a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Por outro lado, e este ponto, no caso, é, a meu juízo, fundamental, o Código foi rigoroso ao proibir, no art. 37, a publicidade enganosa, assim considerada qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços, sendo enganosa por omissão a publicidade quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. E, para fechar o cerco, determinou o Código, no art. 38, que o ônus da prova da veracidade, e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

E mais: dispôs o Código sobre a proteção contratual no Capítulo VI, art. 46 e seguintes, determinando que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance, assegurando, ademais, que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

No mesmo tom, o Código elencou as chamadas cláusulas abusivas, considerando-as nulas de pleno direito, além de presumir como exagerada a vantagem que, dentre outros casos, restringe direitos ou

obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual.

Por último, merece anotado, que, no mesmo Capítulo, o Código conceitua o contrato de adesão, isto é, aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo, obrigando, em qualquer caso, que as cláusulas que impliquem limitação de direito do consumidor sejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

É com esse sistema legal que o Poder Judiciário deve enfrentar as questões decorrentes da execução dos contratos de assistência médica na configuração objeto de nosso Seminário. Não há como fugir da necessidade de proteger o usuário, o consumidor, que, diante da falência da prestação dos serviços médicos pelo Estado, procura a medicina organizada pelo setor privado para substituí-los em bases onerosas.

Alguns problemas estão presentes com intensidade, no resgate dos contratos, normalmente pela burocratização imposta pelas empresas, que, com muita frequência, não se esmeram em cuidar com a devida atenção das demandas daqueles que com elas contratam. E o sinal desse fato simples é o aumento do recurso ao Poder Judiciário para a execução do contrato.

Nos limites de nosso tempo, duas questões devem ser postas. A primeira, sobre o alcance e qualidade dos serviços. A segunda, sobre a vinculação do alcance dos contratos e a oferta dos serviços pela publicidade de massa.

Na Argentina, o chamado contrato de medicina prepaga enfrenta a matéria com a mesma angústia. Em obra recente GHERSI, WEINGARTEN e IPPOLITO ("Contrato de medicina prepaga", Editorial



Astrea, 1993) advertem que as empresas prestadoras de serviços de assistência médica estão obrigadas a uma prestação eficiente, integral e ótima. Assim, é imprescindível que disponham de mecanismos suficientes para oferecer aos seus associados os serviços médicos a que tenham direito e em todo o momento em que estes os requeiram, isto é, devem ter condição de pôr em movimento todo o aparato médico-assistencial, quando seja necessário, e em tempo oportuno. Para tanto, como está assentado na jurisprudência, se a infra-estrutura do hospital que recebe o paciente, por razões de urgência, não reúne os requisitos necessários para tratá-lo, devem ser adotadas providências destinadas a transferi-lo para um centro especializado correspondente, não podendo escusar-se na falta de especialização para deixar de prestar o serviço. Com isso, quando a empresa não puder proporcionar a atenção exigida para o caso, o paciente pode procurar outro serviço, obrigando-se a empresa a reembolsar os gastos. E mais: para escapar dos trâmites burocráticos, em casos de urgência, mesmo quando o paciente não preenche certos requisitos, assim o pagamento de alguma cota, ou, ainda, quando há exigência de prévio depósito de uma determinada importância como depósito.

Na Argentina, o alcance da cobertura deve estar incluído no regulamento próprio que é entregue ao associado, devendo ser considerados alguns aspectos: a ausência de previsão de todas as situações que se podem apresentar, a falta de clareza do contrato e a falta de correspondência entre o serviço prestado e o avanço da medicina. Neste sentido, também no país-irmão, como aqui, é fundamental ligar os serviços efetivamente prestados com aqueles que constam das campanhas publicitárias.

No Brasil, a questão do alcance da cobertura tem sido objeto de freqüentes disputas judiciais, particularmente no que concerne às doenças infecto-contagiosas. Em outubro do ano passado, o Conselho Federal de Medicina, em corajosa intervenção, baixou a Resolução n. 1.401, impondo

"o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza". Na mesma linha, determinou como princípios que devem ser obedecidos pelas empresas, os que se seguem: "a) ampla e total liberdade de escolha do médico pelo paciente; b) justa e digna remuneração profissional pelo trabalho médico; c) ampla e total liberdade de escolha dos meios diagnósticos e terapêuticos pelo médico, sempre em benefício do paciente; d) inteira liberdade de escolha de estabelecimentos hospitalares, laboratórios e demais serviços complementares pelo paciente e o médico".

A matéria está agora sob o julgamento na Justiça Federal, o que limita, por óbvio, a extensão dos comentários que possa fazer. De todos os modos, a aplicação da controvertida Resolução deve levar em conta, dentre outros relevantes problemas técnicos, o princípio constitucional da irretroatividade das leis, tendo por inspiração o admirável voto condutor do Min. MOREIRA ALVES, quando do julgamento pelo STF da ação direta de inconstitucionalidade sobre a aplicação da TR ao sistema financeiro da habitação.

Por outro lado, a matéria deve ser considerada tendo presente a ligação entre a oferta dos serviços, o contrato e a prestação eletiva.

Assim, por exemplo, como tenho informações de que já ocorreu, se a empresa em campanha publicitária ofereceu transporte de urgência, seja por ambulância, seja por helicóptero, tal serviço tem de ser efetivamente prestado, sob pena de responsabilidade da prestadora, que, em tais casos, não tem qualquer escusa possível, diante do disposto no art. 30 do Código do Consumidor. E, em caso de morte ou de seqüela severa, pela falta de assistência, cabível é a reparação do dano, tendo presente a cobertura do art. 14 do Código, que dispõe que o fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos

serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

As cláusulas que limitam os dias de internação, se tal serviço está alcançado pelo contrato, como é curial, não podem ser interpretadas contra o paciente porque restringem um direito fundamental inerente à natureza do contrato, como previsto no inc. II, do § 1.º, do art. 51 do Código. E, ademais, é abusivo impor para uma intervenção coberta pelo serviço um determinado tempo de cura, eis que complicações operatórias podem surgir, por circunstâncias imprevistas. Por exemplo, em uma cirurgia gástrica a formação de um abscesso, ou uma coleção serosa, sob o fígado ou sob o diafragma, pode ampliar, compulsoriamente, o tempo de internação. Do mesmo modo, a síndrome de pericardiotomia, após uma cirurgia cardiológica. Ou, ainda, embolias pulmonares, que podem se seguir a qualquer intervenção cirúrgica, apesar de todas as providências adotadas para evitá-las. Os citados GHERSI, WEINGARTEN e IPPOLITO advertem com razão que as estipulações contratuais devem adaptar-se, necessariamente, ao conteúdo técnico e científico que vigora no campo da medicina; em função de cada uma das especialidades, que nos permitam enquadrar o objeto e a finalidade da atuação médica.

Também, com relação as enfermidades preexistentes, é necessário um tempero adequado para evitar excessos, a partir mesmo do conceito de enfermidade preexistente, sabido que não é fácil determinar o termo da enfermidade, eis que muitas, por suas características, não permitem indicar com precisão sua origem, nem mesmo seu tempo de evolução. Por outro lado, não é possível tomar em consideração, em termos absolutos, a afirmação do contratante ao ingressar no sistema oferecido pela empresa, assim porque ele pode não saber, efetivamente, se é portador de alguma doença. Por exemplo, em um quadro de inflamação da vesícula, que exige intervenção cirúrgica imediata, e que pode, em alguns casos, estar ligada a anterior quadro de litíase vesicular silenciosa.

Ou, ainda, em caso de esquistossomose, disseminada no nordeste brasileiro, da qual o paciente não têm qualquer noção, até que muito tempo depois da infestação o paciente exiba as evidências de hipertensão portal, nos casos daquela parasitose em sua forma hépato-esplênica. Pode ocorrer, ainda, que em uma determinada situação crítica um paciente com necessidade de implantação de marcapasso obtenha autorização para tanto, questionando, depois, a empresa que a cirurgia estava vinculada a quadro clínico anterior, para obter o ressarcimento dos gastos. Nestes casos, é evidente, não pode ter sucesso a prestadora do serviço. A melhor interpretação recomenda que, para o fim de determinar a enfermidade preexistente, com repercussão no contrato, a responsabilidade deve ser da empresa, que dispõe de meios mais eficazes para responder por este aspecto.

Do mesmo modo, devem ser interpretadas as cláusulas de carência. Assim, por exemplo, como decidiu a 8ª Câmara Cível do TJRJ, rel. o Des. CARPENA AMORIM, se "o parto é prematuro a cláusula de carência deve ser interpretada em razão das finalidades da garantia".

Quanto ao alcance da cobertura, merece lembrado o Acórdão da 5ª Câmara Cível do TJRJ, rel. o Des. HUMBERTO MANES, segundo o qual a

necessidade de internação em hospital para a extração dos quatro cisos com atuação da equipe médica e aplicação de anestesia geral, sujeita o segurado aos riscos de qualquer cirurgia. O simples tratamento odontológico, não coberto pelas condições gerais, deixa de caracterizar-se, ensejando o dever do pagamento do seguro ajustado, por se tratar de ato cirúrgico em geral.

Como se pode verificar, a matéria é amplíssima na extensão prática, diante da infinidade de hipóteses que podem ser apresentadas. Estou convencido de que os contratos neste segmento, com a disciplina do Código do Consumidor, devem levar na devida conta a essência do serviço oferecido. Não se trata apenas de um negócio, mas, sim, de um serviço

com especificidade pela natureza do seu objeto. É evidente que não é coerente criar um desequilíbrio contratual às avessas, ou seja, impor serviços não computados nos cálculos atuariais, de modo indiscriminado. É necessário, porém, que seja respeitado o consumidor na execução do contrato, tudo para que o contrato não reflita o poder da publicidade de massa, paga com os lucros da prestadora, em detrimento do consumidor. Se, por exemplo, como é o caso, do plano são excluídas certas enfermidades, impõe-se o esclarecimento público com o mesmo vigor com que a chamada dos atrativos é feita. O mesmo se diga quanto aos prazos de carência e a limitação dos dias de internação. Pode-se dizer, sem medo de erro maior, que a oferta dos serviços, no caso, integra o cenário da interpretação judicial do contrato.